



Datum van inontvangstneming : 22/12/2015

100

C-610/15 — 1 OCF

13 november 2015

Eerste Kamer

14/02399

LZ/EE

Afschrift

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

De stichting STICHTING BREIN,
voorheen genaamd Stichting Bescherming
Rechten Entertainment Industrie Nederland,
Brein,
statutair gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie, verweerster in de
deels voorwaardelijke incidentele
cassatieberoepen,

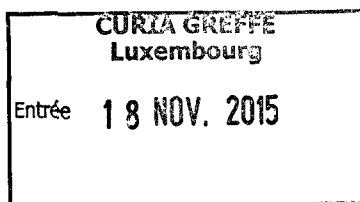
advocaat: mr. W.A. Hoyng,

t e g e n

1. ZIGGO B.V.,
gevestigd te Utrecht,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het
(voorwaardelijk) incidenteel
cassatieberoep,

advocaat: mr. F.E. Vermeulen,



2. XS4ALL INTERNET B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het
deels voorwaardelijk incidenteel
cassatieberoep,

advocaat: mr. S.M. Kingma.

Eiseres zal hierna ook worden aangeduid als Brein en verweersters gezamenlijk als Ziggo c.s. en ieder afzonderlijk als Ziggo en XS4ALL.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 374634/HA ZA 10-3184 van de rechtbank 's-Gravenhage van 8 december 2010 en 11 januari 2012;
- b. de arresten in de zaak 200.105.418/01 van het gerechtshof Den Haag van 13 november 2012 en 28 januari 2014.

Het arrest van het hof van 28 januari 2014 is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van 28 januari 2014 van het hof heeft Brein beroep in cassatie ingesteld. Ziggo en XS4ALL hebben ieder afzonderlijk, Ziggo voorwaardelijk, XS4ALL deels voorwaardelijk en deels onvoorwaardelijk, incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusies van antwoord tevens houdende

(voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping, met veroordeling van de wederpartij in de kosten op de voet van art. 1019h Rv.

De zaak is voor partijen mondeling toegelicht door hun advocaten, voor Brein mede door mr. J.C.H. van Manen en voor Ziggo c.s. mede door mr. Chr.A. Alberdingk Thijm.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt schorsing van het geding en het stellen van vragen van uitleg aan het Hof van Justitie van de Europese Unie als geformuleerd (en in vet weergegeven) in die conclusie onder 2.1.24 en 2.1.34.

De advocaten van Brein hebben bij brief van 26 juni 2015 op die conclusie gereageerd. De advocaten van Ziggo en XS4ALL hebben bij brief van 26 juni 2015 gezamenlijk op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Brein is een stichting die zich blijkens haar statuten onder meer ten doel stelt het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de

belangen van de (met name bij haar aangesloten) rechthebbenden op informatie en rechtmatige exploitanten daarvan. Bij Brein zijn de rechthebbenden ten aanzien van het leeuwendeel van de muziek- en filmwerken en computergames op de Nederlandse markt aangesloten.

(ii) Ziggo c.s. zijn internet-accessproviders.

(iii) Abonnees van Ziggo c.s. ma(a)k(t)en gebruik van The Pirate Bay (hierna: TPB).

(iv) TPB is een door drie natuurlijke personen (hierna: de beheerders) opgerichte BitTorrent index.

(v) BitTorrent is een protocol waarmee gebruikers ("peers") bestanden kunnen uitwisselen ("filesharing").

(vi) De essentie van BitTorrent is dat de uit te wisselen bestanden in kleine stukjes worden opgeknipt, waardoor het niet nodig is om een centrale server voor de opslag van die bestanden aan te houden.

(vii) Om te kunnen "filesharen" moeten de gebruikers eerst specifieke software (een BitTorrent-client) downloaden. Deze software wordt niet door TPB aangeboden.

(viii) Torrents zijn bestanden die meta-informatie bevatten over zich op de computers van de gebruikers bevindende bestanden, zoals mediabestanden (audio, video, games, software of e-books). Bij deze meta-informatie gaat het met name om informatie over hoe de

mediabestanden zijn opgedeeld en waar deze kunnen worden gevonden. Verder wordt in de torrents verwezen naar de zogenoemde tracker, een server die bijhoudt welke gebruikers beschikbaar zijn voor een bepaalde torrent en derhalve het achterliggende mediabestand. Naast dit centrale tracker-systeem met behulp van een server is er ook een decentraal systeem, de Distributed Hash Table (DHT), waarbij iedere deelnemende "peer" zelf als tracker fungeert.

(ix) De zogenoemde "initial seeders", die een op hun computer staand mediabestand (bijvoorbeeld een muzieknummer of een film) aan hun gebruikers ter beschikking willen stellen, maken met behulp van hun BitTorrent-client een torrent-bestand aan.

(x) Tegenwoordig worden in plaats van torrents vooral magnet links gebruikt. Magnet links zijn links die niet verwijzen naar een bepaald mediabestand, maar die - aan de hand van een hash (vingerafdruk) - de inhoud van een torrent-bestand identificeren. Hierna worden de torrents en magnet links korthedshalve aangeduid als torrents.

(xi) De door de "initial seeders" aangemaakte torrents worden door hen geüpload naar een site als TPB die deze vervolgens indexeert.

(xii) De geüploade torrents kunnen als gevolg van de door

TPB aangebrachte indexering worden gevonden door de gebruikers. Aldus kunnen de gebruikers op TPB zoeken naar de door hen gewenste mediabestanden. Zij kunnen deze bestanden vervolgens met behulp van de BitTorrent-client in verschillende stukjes downloaden. Het is de BitTorrent-client die het downloaden start. Daarbij speelt TPB geen rol.

(xiii) Een deel van de op TPB aangeboden torrents verwijst naar auteursrechtelijk en/of nabuurrechtelijk beschermd materiaal. Door de rechthebbenden is (doorgaans) aan de beheerders en gebruikers van TPB geen toestemming verleend om de voorbehouden handelingen te verrichten.

3.2.1 Brein vordert in dit geding, kort gezegd, Ziggo c.s. te bevelen de (toekomstige) (sub)domeinnamen en IP-adressen van TPB te blokkeren teneinde aldus te voorkomen dat de diensten van Ziggo c.s. kunnen worden gebruikt om inbreuk te maken op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden wier belangen Brein behartigt. Brein baseert haar vordering primair op de stelling dat de abonnees van Ziggo c.s. en de beheerders van TPB de diensten van Ziggo c.s. gebruiken om inbreuk te maken op het auteursrecht van de bij Brein

aangesloten rechthebbenden (art. 26d Auteurswet (hierna: Aw) en art. 15e Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr); hierna wordt, waar beide bepalingen worden bedoeld, kortheidshalve volstaan met de vermelding van (alleen) art. 26d Aw). Subsidiair stelt Brein dat Ziggo c.s. zelf onrechtmatig handelen door welbewust en structureel inbreuken op de auteursrechten en de naburige rechten van de bij Brein aangesloten rechthebbenden te faciliteren.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen van Brein toegewezen op de primaire vorderingsgrondslag. Het hof heeft de vorderingen alsnog afgewezen. Daartoe heeft het, samengevat, als volgt overwogen.

Niet betwist is dat het uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken op het internet een mededeling aan het publiek is die aan de rechthebbenden is voorbehouden. Het zonder toestemming verrichten van die handeling vormt dan ook een auteursrechtinbreuk. Dat geldt ook voor het downloaden uit illegale bron van games. Of particulieren die voor eigen gebruik muziek en films uit illegale bron downloaden auteursrechtinbreuk plegen, is een nog openliggende kwestie. De Hoge Raad heeft die vraag in HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012/532 (Stichting

Thuis kopie) bij wege van prejudiciële vraag aan het HvJEU voorgelegd. (rov. 4.2)

Een significant deel van de abonnees van Ziggo c.s. heeft via TPB mediabestanden gedownload. Die abonnees hebben in de meeste gevallen de stukjes van het mediabestand die zij hebben gedownload, tegelijkertijd ten behoeve van andere gebruikers geüpload. Een (zeer) groot deel van de op TPB geplaatste torrents verwijst naar materiaal dat zonder toestemming van de rechthebbenden op internet is geplaatst. Een niet te verwaarlozen deel van de abonnees van Ziggo c.s. heeft dan ook auteursrechtinbreuk gepleegd door zonder toestemming van de rechthebbenden beschermde werken via TPB te uploaden. (rov. 4.3)

Deze abonnees maken voor hun auteursrechtinbreuken gebruik van de diensten van Ziggo c.s., bestaande in het aan hun abonnees verschaffen van toegang tot internet. Ziggo c.s. zijn dan ook aan te merken als tussenpersonen in de zin van art. 26d Aw, art. 8 lid 3 Auteursrecht richtlijn (Richtlijn 2001/29/EG) en art. 11 Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG). (rov. 4.4)

De beheerders van TPB maken de in torrents neergelegde meta-informatie voor het publiek toegankelijk en bieden aldus toegang tot de informatie die nodig is om

toegang te kunnen krijgen tot de achterliggende werken. Omdat de aldus tot die werken geboden toegang te indirect is, vormt dit handelen van de beheerders geen mededeling van die werken aan het publiek in de zin van art. 3 Auteursrechtrichtlijn. Dat TPB de magnet links creëert en trackers toevoegt aan torrents, maakt dit niet anders nu magnet links en trackers ook alleen maar naar meta-informatie verwijzen of meta-informatie bevatten. TPB doet niet méér dan het bieden van toegang tot informatie die nodig is om toegang tot geüploade werken te kunnen krijgen. Er is geen sprake van een interventie als bedoeld in de rechtspraak van het HvJEU over het begrip mededeling aan het publiek (HvJEU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, ECLI:EU:C:2011:648 (*Airfield*); HvJEU 15 maart 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, NJ 2013/197 (*Marco del Corso*)). Het doet er daarom niet toe of de beheerders uit winstbejag handelen en of nieuw publiek voor de werken in kwestie wordt aangeboord. De beheerders van TPB handelen mogelijk wel anderszins onrechtmatig jegens de rechthebbenden, maar dat valt niet onder de reikwijdte van art. 3 Auteursrechtrichtlijn. (rov. 4.6)

Omdat de stellingen van Brein in dit verband niet (specifiek genoeg) door Ziggo c.s. zijn weersproken, moet

het ervoor worden gehouden dat de beheerders van TPB wel auteursrechtinbreuk maken door het mededelen aan het publiek van 'art work' (onder meer covers van film- en game-DVD's, muziek-CD's, boeken en filmposters) en dat die beheerders voor deze inbreuken gebruik maken van de diensten van Ziggo c.s., nu door die diensten dat 'art work' aan de abonnees van Ziggo c.s. wordt medegedeeld. (rov. 4.7)

Volgens Ziggo c.s. voldoet de door Brein gevorderde blokkade niet aan de proportionaliteitseis, onder meer omdat de blokkade niet effectief is. De blokkade van TPB kan zeer eenvoudig worden omzeild, zowel door de gebruikers (via een proxy, waarmee langs een omweg de site van TPB kan worden bereikt) als door TPB (bijvoorbeeld door het gaan gebruiken van nieuwe IP-adressen). Daarnaast zijn er alternatieve BitTorrent sites voorhanden, waartoe up- en downloaders hun toevlucht kunnen zoeken. Een blokkade van TPB leidt volgens Ziggo c.s. dan ook niet tot een daling van het aantal inbreuken op auteursrechten, terwijl de gevorderde maatregelen een aantasting betekenen van hun vrijheid van ondernemerschap. (rov. 5.1)

Uit HvJEU 12 juli 2011, C-324/09,
ECLI:EU:C:2011:474, NJ 2015/525 (*L'Oréal/eBay*) volgt dat

de Nederlandse rechter bij de uitleg en toepassing van art. 26d Aw enerzijds moet zorgen dat de maatregelen doeltreffend en afschrikwekkend zijn zodat het doel van de Auteursrechtlijn kan worden bereikt, maar anderzijds de beperkingen moet eerbiedigen die voortvloeien uit de richtlijn en de rechtsbronnen waarnaar deze richtlijn verwijst. De bedoelde maatregelen moeten billijk, evenredig en niet overdreven kostbaar zijn. De in een bevel omschreven maatregelen mogen ook geen belemmeringen voor legitiem handelsverkeer scheppen (art. 3 Handhavingsrichtlijn). De rechter moet bij dit alles een passend evenwicht verzekeren tussen de betrokken rechten en de belangen. (rov. 5.3)

Bij die afweging moeten tevens de grondrechten worden betrokken van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest), met name art. 16 (vrijheid van ondernemerschap), art. 17 lid 2 (bescherming van intellectuele eigendom) en het in art. 52 lid 1 neergelegde evenredigheidsbeginsel. (rov. 5.4)

Anders dan Brein stelt (rov. 5.2), maakt effectiviteit (doeltreffendheid) deel uit van de evenredigheidseis (of proportionaliteitseis) als bedoeld in het arrest *L'Oréal/eBay* en art. 52 lid 1 Handvest.

Deze eis komt erop neer dat de gevorderde maatregelen in een redelijke verhouding moeten staan tot het daarmee beoogde doel. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat naarmate een maatregel minder effectief is, het beoogde doel daarmee minder gemakkelijk kan worden gerealiseerd en de maatregel dus minder snel in een redelijke verhouding tot dat doel zal staan. (rov. 5.5)

In Nederland is het bezoek aan TPB aanzienlijk afgenomen nadat op grond van het vonnis in eerste aanleg blokkades zijn opgeworpen (aangeduid als "A", "A1" en "B"), ook al is die site via proxy's (voor zover nog niet 'neergehaald' door Brein), mirror-sites en VPN-verbindingen nog steeds bereikbaar voor de Nederlandse internetgebruiker. (rov. 5.8)

Brein beoogt met haar vorderingen de bescherming van de auteursrechten (art. 17 lid 2 Handvest). Van effectieve maatregelen tot het realiseren van dit doel kan in een kader als het onderhavige worden gesproken (a) als personen die auteursrechtinbreuk pleegden dat minder zijn gaan doen, waardoor het aantal door hen gepleegde inbreuken afneemt, of (b) als de impact van inbreuken wordt verminderd, bijvoorbeeld doordat het publiek dat de inbreukmakende handelingen waarneemt, kleiner wordt. (rov. 5.10)

De door Brein gevorderde maatregelen, die ertoe strekken dat Ziggo c.s. hun abonnees niet langer de toegang verschaffen tot de website van TPB, kunnen alleen invloed hebben op het gedrag van abonnees van Ziggo c.s. en het aantal door hen via TPB gepleegde inbreuken, maar niet op het gedrag van de beheerders en het aantal door hen gepleegde inbreuken. Wel kunnen die maatregelen invloed hebben op de impact van de door de beheerders gepleegde inbreuken. (rov. 5.11)

De gevorderde blokkade kan niet als effectief worden beschouwd, als de inbreukmakende abonnees de blokkades ontwijken door, indien zij deze al niet via proxy's omzeilen, hun toevlucht te zoeken in alternatieve BitTorrent sites, omdat het beoogde doel daarmee niet dichterbij wordt gebracht. Dan vindt immers geen vermindering van het door die abonnees gepleegde aantal inbreuken plaats, maar is slechts sprake van een verandering van de weg waarlangs (bij omzeiling via een proxy) of de 'indexer' waarmee zij die inbreuken plegen. (rov. 5.12)

Uit het TNO III Rapport blijkt dat blokkade A onder de XS4All-abonnees op grote schaal is ontweken, onder meer door het gebruiken van andere BitTorrent sites en het bereiken van TPB via een andere route (rov. 5.14).

Het BitTorrent-gebruik onder de XS4ALL-abonnees is als gevolg hiervan na blokkade A gelijk gebleven. De afname van het bezoek aan TPB heeft niet geleid tot een significante vermindering van het aantal auteursrechtinbreuken door XS4ALL-abonnees. (rov. 5.19)

Het is aannemelijk dat dit verschijnsel ook opgaat voor abonnees van Ziggo. Brein heeft in elk geval niet gesteld dat dit anders is, en zij heeft ook geen voor honorering in aanmerking komend (tegen-)bewijsaanbod gedaan. (rov. 5.20)

Verder blijkt uit de bij het Baywatch-rapport gebruikte *consumer survey* dat het aantal illegale downloaders - ondanks de blokkade - is toegenomen. Dit duidt erop dat nieuwkomers, althans een significant aantal van hen, door de blokkade niet ervan worden weerhouden om te gaan downloaden uit illegale bron. (rov. 5.21)

In dit geding kan er dan ook niet van worden uitgegaan dat de gevorderde blokkade A/A1 effectief is geweest ten aanzien van de abonnees van Ziggo c.s. Door de gevorderde blokkade wordt de vrijheid van ondernemerschap van Ziggo c.s. - de vrijheid om naar eigen inzicht te handelen - aangetast, waaraan niet afdoet dat de gevorderde blokkade Ziggo c.s. vrijwel

niets kost, zeer eenvoudig is, voor hen geen rompslomp oplevert en dat Ziggo c.s. overigens op grote schaal hun abonnees blokkeren en afsluiten. Ook wanneer daaraan voor Ziggo c.s. niet of nauwelijks kosten en moeite zijn verbonden, vormt die blokkade een inbreuk op hun vrijheid om naar eigen inzicht te handelen. Aangezien de gevorderde blokkade als niet-effectief moet worden beschouwd, en derhalve - in aanmerking ook nemend dat Ziggo c.s. zelf geen inbreuk maken - niet bijdraagt aan de daarmee beoogde en ook in het Handvest vastgelegde bescherming van intellectuele eigendom, brengt het evenredigheidsbeginsel met zich dat daardoor de aantasting van de vrijheid van ondernemerschap van Ziggo c.s. niet is gerechtvaardigd. (rov. 5.22)

Voor zover Brein nog heeft gesteld dat aan het enkele feit dat er andere wegen naar illegaliteit zijn, niet de gevolgtrekking kan worden verbonden de door haar gevorderde maatregelen niet effectief zouden zijn, (temeer) daar die andere wegen door haar (en haar zusterorganisaties) namelijk ook (zullen) worden aangepakt als onderdeel van een 'bredere aanpak' van illegale verspreiding van beschermde werken (rov. 5.23), geldt dat niet goed is in te zien waarom Brein niet meteen een bevel heeft gevorderd tot blokkade van het

slechts 'handjevol' met TPB concurrerende BitTorrent sites die met TPB de 'grootste uitwassen' vormen. De 'stap-voor-stap-benadering', die Brein voorstaat (in welk kader de onderhavige procedure fungeert als 'test case'), kan in dit geval niet als compensatie dienen voor het ontbreken van (onmiddellijke) effectiviteit. (rov. 5.24)

4. Beoordeling van middel III in het principale beroep en van de onderdelen 2, 3 en 4 van Ziggo en de onderdelen II en III van XS4ALL in de voorwaardelijke incidentele beroepen

4.1.1 Middel III in het principale beroep klaagt dat het hof in rov. 5.7-5.26 een onjuiste effectiviteitstoets heeft gehanteerd, dan wel zijn oordeel daaromtrent onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd.

4.1.2 Het middel betoogt onder meer dat het hof in rov. 5.10 heeft miskend dat het door Brein beoogde doel niet verder kan gaan dan datgene wat met haar vorderingen kan worden bereikt en dat het gevorderde gebod derhalve slechts ten doel heeft bepaalde inbreuken op de auteursrechten tegen te gaan (onderdeel III.3). Voorts is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip effectiviteit, omdat bij de

beoordeling daarvan niet van belang is in hoeverre abonnees van Ziggo c.s. langs andere wegen inbreuk blijven maken. Zijn oordeel is bovendien onbegrijpelijk omdat Brein ook tegen de 'proxy's' en andere 'indexers' kan optreden en ook als zodanig optreedt. (onderdeel III.4) In rov. 5.24 heeft het hof verder ten onrechte aangenomen dat het proportionaliteitsvereiste meebrengt dat sprake moet zijn van 'onmiddellijke effectiviteit' en/of dat de rechthebbende onmiddellijk alle mogelijke maatregelen (tegen eenieder) moet nemen teneinde auteursrechtinbreuken tegen te gaan (onderdeel III.10).

4.2.1 Bij de beoordeling van deze klachten is het volgende van belang.

4.2.2 Brein heeft haar primaire vorderingen gebaseerd op art. 26d Aw. Deze bepaling vormt de implementatie van art. 11, derde volzin, Handhavingsrichtlijn en art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn.

4.2.3 De achtergrond van art. 11, derde volzin, Handhavingsrichtlijn en art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn is dat in toenemende mate de diensten van tussenpersonen worden gebruikt om inbreuk te

maken op auteursrechten of naburige rechten en die tussenpersonen in veel gevallen het best in staat zijn om een eind te maken aan die inbreuken (punt 59 van de considerans van de Auteursrechtrichtlijn). Deze bepalingen verplichten de lidstaten dan ook ervoor te zorgen dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op die rechten.

4.2.4 Het HvJEU heeft in zijn arrest van 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), overwogen dat niet is uitgesloten dat een bevel als hier aan de orde niet leidt tot volledige beëindiging van inbreuken op het intellectuele eigendomsrecht (punt 58) en dat ook niet valt uit te sluiten dat er geen maatregel bestaat of praktisch realiseerbaar is die in voorkomend geval niet op een of andere manier zou kunnen worden omzeild (punt 60).

4.2.5 Het enkele feit dat inbreukmakers de mogelijkheid hebben om de maatregelen als bedoeld in art. 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn (en dus in art. 26d Aw) te omzeilen en aldus alsnog inbreuk te maken op de auteursrechten van

de rechthebbenden, brengt dan ook nog niet mee dat de maatregel van het blokkeren van websites door internetproviders ineffectief is (zie ook conclusie van de A-G Cruz Villalón voor het arrest *UPC Telekabel Wien*, punt 100).

4.2.6 Het HvJEU heeft in zijn arrest *UPC Telekabel Wien* verder nog overwogen:

"62 De maatregelen die de adreessaat van een bevel als dat van het hoofdgeding ter uitvoering van dit bevel neemt, moeten voldoende doeltreffend zijn om een effectieve bescherming van het betrokken grondrecht te verzekeren, wat inhoudt dat zij tot gevolg moeten hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adreessaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met genoemd grondrecht voor hen beschikbaar gestelde werken.

63 Bijgevolg kan echter niet worden aangenomen dat de maatregelen die zijn genomen ter uitvoering van een bevel als dat van het hoofdgeding, ofschoon zij in voorkomend geval niet kunnen leiden tot een volledige beëindiging van de op het intellectuele-eigendomsrecht gemaakte inbreuken, onverenigbaar zijn met het overeenkomstig artikel 52, lid 1, in fine, van het Handvest na te streven rechtvaardige evenwicht tussen alle toepasselijke grondrechten, evenwel op de dubbele voorwaarde dat zij de internetgebruikers niet nodeloos de mogelijkheid ontzeggen om zich rechtmatig toegang tot de beschikbare informatie te verschaffen en dat zij tot gevolg hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adreessaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met het intellectuele-eigendomsrecht voor hen beschikbaar

gestelde werken."

4.3 Het hof heeft in rov. 5.10-5.12 overwogen dat, indien de inbreukmakende abonnees van Ziggo c.s. de gevorderde blokkade ontwijken, dan - ondanks de door blokkades veroorzaakte afname van het bezoek aan TPB en het aantal inbreuken dat de abonnees van Ziggo c.s. via TPB plegen - het beoogde doel (bescherming van auteursrechten) niet dichterbij wordt gebracht en de gevorderde blokkade niet als effectief kan worden beschouwd. Volgens het hof is er dan namelijk geen vermindering van de door die abonnees gepleegde inbreuken, maar is slechts sprake van een verandering van de wijze waarop zij die inbreuken plegen. Omdat na blokkade A het BitTorrent-gebruik onder de abonnees van Ziggo c.s. door grootschalige ontwijking gelijk is gebleven (rov. 5.19 en 5.20) en het aantal illegale downloaders zelfs is gestegen (rov. 5.21), kan niet worden aangenomen dat de blokkade effectief is geweest ten aanzien van de abonnees van Ziggo c.s. (rov. 5.22).

4.4.1 Vast staat dat - los van de vraag of TPB inbreuk maakt, waaromtrent hieronder nader - een (relevant) deel van de abonnees van Ziggo c.s., met gebruikmaking van de diensten van TPB, zonder toestemming van rechthebbenden

beschermde werken beschikbaar stelt en daarmee inbreuk maakt op het auteursrecht en de naburige rechten van die rechthebbenden. Omdat Ziggo c.s. de door die abonnees gemaakte inbreuken met betrekking tot beschermde werken via internet doorgeeft, zijn zij (zonder meer) aan te merken als tussenpersonen in de zin van art. 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn (zie *UPC Telekabel Wien*, punten 30-40).

4.4.2 De vordering van Brein strekt ertoe dat Ziggo c.s. wordt bevolen om de toegang van hun abonnees tot TPB te blokkeren. Het hof heeft de effectiviteit van het gevorderde bevel afgemeten aan het door Brein beoogde doel (alle mogelijke) inbreuken op de auteursrechten van rechthebbenden, gepleegd met gebruikmaking van internet, althans door middel van het gebruik van (BitTorrent)websites, geheel uit te bannen. Daarmee heeft het hof miskend dat ook als bepaalde maatregelen niet tot een volledige beëindiging van alle auteursrechtinbreuken kunnen leiden, zij nog wel verenigbaar kunnen zijn met het evenredigheidsvereiste van art. 52 lid 1 Handvest. Uit punt 62-63 van het arrest *UPC Telekabel Wien* van het HvJEU volgt immers dat het enkele feit dat een blokkade wordt of kan worden ontweken, de blokkade nog niet

ineffectief maakt. Voldoende is dat de blokkade - voor zover zij de inbreuken niet kan verhinderen - de inbreuken bemoeilijkt en internetgebruikers het maken van die inbreuken ernstig ontraadt.

4.4.3 Het oordeel van het hof (in rov. 5.24) dat een vordering als de onderhavige alleen kan worden toegewezen, indien ook (alle) andere (relevante) BitTorrent-sites in de procedure waren betrokken, getuigt eveneens van een onjuiste rechtsopvatting. Een dergelijke eis vindt geen steun in Europese of nationale wetgeving. Zonder nadere motivering valt ook niet in te zien waarom Brein geen rechtens te respecteren belang heeft bij het om te beginnen blokkeren van één van die sites. Het oordeel van het hof dat de 'stap voor stap-benadering' die Brein in dit verband voorstaat, toewijzing van haar vordering strijd zou doen opleveren met de evenredigheidseis van art. 52 lid 1 Handvest, is dan ook onjuist.

4.5 Gelet op het voorgaande slagen de onderdelen III.3-III.4 en III.10 van het middel in het principale beroep.

4.6.1 Tot slot klaagt het middel dat het oordeel van het hof in rov. 5.25 dat de blokkade door Brein niet is gevorderd met het oog op de bescherming van de auteursrechten op het 'art work', onbegrijpelijk is, onder meer gelet op de uitdrukkelijke stelling van Brein dat zij (ook) de rechthebbenden op het 'art work' vertegenwoordigt (onderdeel III.11).

4.6.2 Ook deze klacht treft doel. Brein heeft, blijkens rov. 4.7 en 4.8, de gevorderde maatregel mede gebaseerd op de inbreuken op de auteursrechten ter zake van het 'art work' en gesteld dat reeds die inbreuken het gevraagde verbod rechtvaardigen. Het oordeel van het hof is dan ook onbegrijpelijk.

4.6.3 Nu de hiervoor behandelde klachten van het door Brein voorgestelde middel III slagen, is voldaan aan de voorwaarde waaronder Ziggo c.s. hun incidentele beroepen hebben ingesteld.

4.6.4 De op de hier aan de orde zijnde oordelen betrekking hebbende klachten in de onderdelen 2, 3 en 4 van het middel van Ziggo, alsmede in de middelen II en III van XS4ALL, kunnen niet tot cassatie leiden. Dit

behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beoordeling van middel I in het principale beroep en van onderdeel 1 van Ziggo en onderdeel I van XS4ALL in de voorwaardelijke incidentele beroepen

5.1 Middel I in het principale beroep komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 4.6 en rov. 4.8, waar het hof heeft overwogen:

"4.6 De beheerders van TPB maken, al dan niet via magnet links, de in torrent-bestanden neergelegde meta-informatie toegankelijk voor het publiek (zie rov. 1.a). Zij bieden dus toegang tot de informatie die nodig is om toegang te kunnen krijgen tot de door de 'seeders' geüploade werken. Dit handelen van de TPB-beheerders vormt naar het oordeel van het hof geen mededeling van die werken aan het publiek in de zin van artikel 3 Arl. Daarvoor is de tot die werken geboden toegang te indirect. Dat, zoals Brein stelt (...), TPB de magnet links creëert en de trackers toevoegt aan de torrents/magnet links, maakt dit niet anders nu magnet links en trackers ook alleen maar naar meta-informatie verwijzen of meta-informatie bevatten. Uit de andere feiten die Brein heeft genoemd (...) kan evenmin worden afgeleid dat TPB méér doet dan het bieden van toegang tot informatie die nodig is om toegang tot geüploade werken te kunnen krijgen. Er is dus geen sprake van een interventie als bedoeld in de rechtspraak van het HvJEU over het begrip 'mededeling aan het publiek' (zie o.m. zijn arresten van 13 oktober 2011, C-432/09 inzake 'Airfield', en van 15 maart 2012, C-135/10 inzake 'Marco del Corso'), zodat het er niet toe doet of de TPB-beheerders uit winstbejag handelen en of wellicht een nieuw publiek voor de

werken in kwestie wordt aangeboord. Ook de hierop geënte stellingen van Brein (...) kunnen haar niet baten. Dit laat overigens de mogelijkheid onverlet dat de beheerders van TPB onrechtmatig jegens de rechthebbenden handelen doordat zij auteursrechtinbreuk door anderen (waaronder in ieder geval de uploaders) faciliteren/bevorderen. Dit valt echter niet onder de reikwijdte van artikel 3 Arl.

(...)

4.8 De conclusie van het voorgaande luidt dat met gebruikmaking van de diensten van Ziggo c.s. 'via TPB' auteursrechtinbreuk is gepleegd door:

- een relevant deel van de abonnees van Ziggo c.s.;
- de beheerders van TPB, doch alleen met betrekking tot het 'art work'.

Ten aanzien van (uitsluitend) deze handelingen is artikel 26d Aw van toepassing. Dit artikel en daaraan ten grondslag liggende artikelen 8 lid 3 Arl en 11, 3e volzin, Hrl zien niet op de situatie dat een derde met gebruikmaking van de diensten van tussenpersonen als Ziggo c.s. auteursrechtinbreuk door anderen (onrechtmatig) faciliteert/bevordert, maar niet zelf pleegt (verg. rov. 4.6 in fine)."

5.2 Onderdeel I.a betoogt, naar de kern genomen, dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat geen sprake is van een mededeling door TPB aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn op de grond dat de tot de werken geboden toegang te indirect is. Onderdeel I.b klaagt onder meer dat het hof ten onrechte een scheiding heeft gemaakt tussen inbreuken door abonnees enerzijds en inbreuken door TPB anderzijds, waar zij in feite allen bijdragen tot de bedoelde inbreuken.

5.3.1 Ziggo c.s. stellen zich op het standpunt dat Brein geen belang heeft bij de behandeling van de klachten van

middel I, aangezien reeds is komen vast te staan dat abonnees van Ziggo c.s., met gebruikmaking van de diensten van Ziggo c.s., auteursrechtinbreuk plegen evenals, voor zover het gaat om 'art works,' de beheerders van TPB.

5.3.2 Dit verweer van Ziggo c.s. mist doel. Het antwoord op de vraag of (naast de abonnees van Ziggo c.s. die van de diensten van TPB gebruikmaken, ook) de beheerders van TPB inbreuk maken op de auteursrechten, legt gewicht in de schaal bij de afweging die moet worden gemaakt in het kader van art. 26d Aw. Om die reden heeft Brein belang bij deze klachten.

5.4 Bij de inhoudelijke beoordeling van de klachten is het volgende van belang.

5.5 In het onderhavige geval staat vast dat door tussenkomst van TPB beschermde werken ter beschikking worden gesteld aan het publiek zonder toestemming van de rechthebbenden. Eveneens staat vast dat abonnees van Ziggo c.s. met behulp van (de diensten van) TPB zonder toestemming van rechthebbenden beschermde werken beschikbaar stellen en daarmee inbreuk maken op de

auteursrechten en de naburige rechten van die rechthebbenden. Beoordeeld moet dus worden of TPB ook, dat wil zeggen naast de abonnees, mededeling van werken aan het publiek doet als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn, door te handelen als beschreven hiervoor in 3.1 en in het bijzonder door:

- het creëren en het handhaven van een systeem waarin internetgebruikers met elkaar in verbinding treden om (fragmenten van) werken die zich op hun eigen computers bevinden, met elkaar te kunnen delen,
- een website te beheren waarop gebruikers daartoe torrents kunnen uploaden met verwijzingen naar (de fragmenten van) die werken, en
- de op die website geüploade torrents te indexeren en te categoriseren zodat (de fragmenten van) de achterliggende werken kunnen worden getraceerd en de gebruikers die werken (als één geheel) kunnen downloaden.

5.6 De Auteursrechtrichtlijn preciseert zelf niet wat onder 'mededeling aan het publiek' dient te worden verstaan. Het is evenwel een Unierechtelijk autonoom begrip, waaraan een ruime betekenis toekomt (zie HvJEU 7 december 2006, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 (SGAE), punt 36). De betekenis en de draagwijdte van dit

begrip moeten worden gepreciseerd aan de hand van de context waarin het aan de orde is, en van de doelstelling van de Auteursrechtlijn (HvJEU 7 maart 2013, C-607/11, ECLI:EU:C:2013:147, NJ 2013/444 (TVCatchup), punten 20-22). Vaste rechtspraak van het HvJEU is dat een 'handeling bestaande in een mededeling' ruim moet worden opgevat teneinde - zoals met name voortvloeit uit de punten 4 en 9 van de considerans van de Auteursrechtlijn - een hoog beschermingsniveau te waarborgen aan de houders van een auteursrecht (HvJEU 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (Svensson), punt 17), zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen.

De (loutere) beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten, is geen mededeling in de zin van de Auteursrechtlijn (punt 27 van de considerans; vgl. punten 45-47 van het hiervoor vermelde SGAE-arrest).

Het arrest HvJEU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, ECLI:EU:C:2011:648 (*Airfield*) leert dat ook van een mededeling aan het publiek sprake kan zijn wanneer door een derde toegang wordt verschaft tot een signaal van een ander dat een werk bevat, zonder dat die derde

zelf overdracht van het beschermde materiaal verzorgt.

Voorts moet het plaatsen van hyperlinks naar beschermde werken worden aangemerkt als een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 Auteursrecht-richtlijn, zo blijkt uit HvJEU 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (*Svensson*).

5.7 Anders dan partijen in cassatie - in tegengestelde zin - betogen, volgt uit de *Svensson*-uitspraak niet het antwoord op de vraag of TPB met de hiervoor onder 5.5 weergegeven handelingen een mededeling aan het publiek doet als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrecht-richtlijn. Het onderhavige geval onderscheidt zich van (niet alleen *Svensson*, maar al) de hiervoor besproken gevallen doordat het niet TPB is die bepaalt welke content via haar website wordt doorgegeven, maar de gebruikers van haar website.

5.8.1 Naar het oordeel van de Hoge Raad laat die vraag - die ook in onderdeel 1 van het middel van Ziggo en middel I van XS4ALL aan de orde wordt gesteld - zich niet zonder redelijke twijfel beantwoorden.

5.8.2 Enerzijds geldt dat TPB de werken niet zelf ter beschikking stelt aan haar gebruikers. TPB is niet, althans niet rechtstreeks, betrokken bij het up- en downloaden van de werken. Zoals reeds overwogen, is het niet TPB, maar zijn het de gebruikers van haar website, die bepalen welke werken worden doorgegeven. De doorgegeven werken zijn niet afkomstig van TPB, maar van de (computers van de) gebruikers. In zoverre is niet uit te sluiten dat geoordeeld moet worden dat TPB slechts faciliteiten ter beschikking stelt, als bedoeld in considerans 27 van de Auteursrechtrichtlijn.

5.8.3 Anderzijds geldt dat TPB wel een essentiële schakel vormt in het ter beschikking stellen van die werken. TPB heeft het systeem gecreëerd waarin die werken worden uitgewisseld. Dankzij de ruimte die TPB hun biedt, kunnen de gebruikers van TPB met elkaar in contact komen om werken uit te wisselen. Bovendien zouden de gebruikers de torrents die naar de beschermde werken verwijzen, zonder de indexatie daarvan door TPB, niet, althans niet zo eenvoudig, kunnen vinden. Als gevolg van het systeem dat TPB heeft gecreëerd en in stand houdt, lopen rechthebbenden een (belangrijk deel van de) passende beloning voor het gebruik van hun werk mis. Mede gelet op

de doelstelling van de Auteursrechtrichtlijn (het waarborgen van een hoog beschermingsniveau van auteursrechten zodat de rechthebbenden bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen) en de (daarop gebaseerde) vaste rechtspraak dat het begrip mededeling van werken ruim moet worden uitgelegd, kan niet worden uitgesloten dat het handelen van TPB moet worden aangemerkt als mededeling van werken aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn.

5.9 Nu de onderhavige vraag van Unierecht zich niet zonder redelijke twijfel laat beantwoorden, zal de Hoge Raad deze bij wijze van prejudiciële vraag aan het HvJEU voorleggen.

5.10 Bij ontkennende beantwoording van de hiervoor in 5.9 bedoelde vraag rijst nog de vraag of art. 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn en art. 11 Handhavingsrichtlijn ruimte bieden voor een bevel aan een internetprovider tot blokkering van (sub)domeinnamen en IP-adressen van derden die handelen als TPB (in dat geval dus: zonder zelf inbreuk te maken). In punt 32 van het hiervoor in 4.2.4 vermelde arrest *UPC Telekabel Wien* is een

internetprovider die zijn klanten toegang verschaft tot door een derde op internet voor het publiek beschikbaar gestelde beschermde werken, aangemerkt als een tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken op een recht in de zin van art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn. De website van TBP kan, bij ontkennende beantwoording van de hiervoor in 5.9 bedoelde vraag, echter niet zonder meer worden gelijkgesteld met het op internet voor het publiek beschikbaar stellen van beschermde werken. Ook in dit verband brengen de hiervoor in 5.8.2 en 5.8.3 gegeven argumenten mee dat sprake is van een vraag van Unierecht die zich niet zonder redelijke twijfel laat beantwoorden.

5.11 De overige klachten van het principale en van de incidentele middelen behoeven in dit stadium geen behandeling.

6. Omschrijving van de feiten en uitgangspunten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 3.1 en 5.5 vermelde feiten en uitgangspunten, waarvan te dezen moet worden uitgegaan.

7. Vragen van uitleg

De vragen van uitleg van Unierecht waarvan de Hoge Raad beantwoording door het HvJEU nodig acht voor zijn beslissing op het cassatieberoep, zijn de volgende:

1. Is sprake van een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn door de beheerder van een website, indien op die website geen beschermde werken aanwezig zijn, maar een systeem bestaat (als beschreven hiervoor in 3.1 en 5.5) waarbij voor gebruikers meta-informatie over beschermde werken die op de computers van gebruikers staat, wordt geïndexeerd en gecategoriseerd, zodanig dat de gebruikers de beschermde werken aan de hand daarvan kunnen traceren en kunnen up- en downloaden?

2. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt: Bieden art. 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn en art. 11 Handhavingsrichtlijn ruimte voor een bevel aan een tussenpersoon als in die bepalingen bedoeld, indien deze tussenpersoon inbreukmakende handelingen van derden faciliteert op de wijze als bedoeld in vraag 1?

8. Beslissing

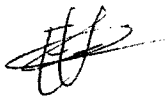
De Hoge Raad:

verzoekt het HvJEU met betrekking tot de hiervoor in

7 geformuleerde vragen uitspraak te doen;

houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Sniijders en M.V. Polak, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 13 november 2015.



Voor eensluidend afschrift
De Griffier van de Hoge Raad
der Nederlanden,

